Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (szósta izba)

z dnia 26 kwietnia 2023 r.*

Zamówienia publiczne na usługi – Postępowanie przetargowe – Dialog konkurencyjny – Dostawa satelitów przejściowych Galileo – Odrzucenie oferty jednego z oferentów – Kryteria wykluczenia – Poważne wykroczenie zawodowe oferenta – Brak prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej – Skierowanie sprawy do zespołu, o którym mowa w art. 143 rozporządzenia finansowego – Równość traktowania – Oferta rażąco niska – Oczywisty błąd w ocenie

W sprawie T-54/21

OHB System AG, z siedzibą w Bremie (Niemcy), którą reprezentowali W. Würfel oraz F. Hausmann, adwokaci,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Europejskiej, którą reprezentowali G. Wilms, L. André, J. Estrada de Solà oraz L. Mantl, w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

popieranej przez

Republikę Włoską, którą reprezentowała G. Palmieri, w charakterze pełnomocnika, którą wspierali P. Gentili i G. Santini, avvocati dello stato,

oraz przez

Airbus Defence and Space GmbH, z siedzibą w Taufkirchen (Niemcy), którą reprezentowali P.-E. Partsch, F. Dewald i C.-E. Seestädt, adwokaci,

interwenienci,

SĄD (szósta izba),

w składzie: M. J. Costeira (sprawozdawczyni), prezes, M. Kancheva i P. Zilgalvis, sędziowie,

sekretarz: P. Cullen, administrator,

* Język postępowania: niemiecki.

uwzględniając postanowienie z dnia 26 maja 2021 r., OHB System/Komisja (T-54/21 R, niepublikowane, EU:T:2021:292),

uwzględniając pisemny etap postępowania, w szczególności:

– postanowienie z dnia 30 czerwca 2021 r., OHB System/Komisja (T-54/21, niepublikowane),

– postanowienie z dnia 2 grudnia 2021 r., OHB System/Komisja (T-54/21, niepublikowane, EU:T:2021:878),

– środek organizacji postępowania z dnia 17 października 2022 r. oraz odpowiedź Komisji złożoną w sekretariacie Sądu w dniu 29 października 2022 r.,

po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 17 listopada 2022 r.,

wydaje następujący

Wyrok [1]

1 W skardze opartej na art. 263 TFUE skarżąca, OHB System AG, wnosi o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji Europejskiej przekazanych jej pismem z dnia 19 stycznia 2021 r. i faksem z dnia 22 stycznia 2021 r. o niewybraniu jej oferty, złożonej w ramach postępowania przetargowego prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego 2018/S 091-206089 dotyczącego dostawy satelitów przejściowych Galileo oraz o udzieleniu zamówienia dwóm innym oferentom (zwanych dalej „zaskarżonymi decyzjami").

Okoliczności powstania sporu

2 Skarżąca jest spółką prawa niemieckiego, której przedmiotem działalności jest opracowywanie i wdrażanie innowacyjnych systemów i projektów kosmicznych, jak również sprzedaż określonych wyrobów lotniczych, kosmicznych i telematycznych, w tym satelitów geostacjonarnych i niskoorbitalnych.

3 Zgodnie z motywem 2 i art. 2 ust. 1 i 2 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1285/2013 z dnia 11 grudnia 2013 r. w sprawie realizacji i eksploatacji europejskich systemów nawigacji satelitarnej oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 876/2002 i rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 683/2008 (Dz.U. 2013, L 347, s. 1) celem programu Galileo jest utworzenie i eksploatacja europejskiego systemu nawigacji satelitarnej i pozycjonowania satelitarnego przeznaczonego specjalnie do celów cywilnych, obejmującego konstelację satelitów i światową sieć stacji naziemnych.

4 Zgodnie z art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 1285/2013 Komisja ponosi ogólną odpowiedzialność za program Galileo, a zgodnie z art. 15 ust. 1 tego rozporządzenia w odniesieniu do fazy wdrażania tego programu Komisja powinna zawrzeć z Europejską Agencją Kosmiczną (ESA) umowę szczegółowo określającą zadania ESA, w szczególności w zakresie zamówień związanych z tym systemem.

[1] Poniżej zostały odtworzone jedynie te punkty wyroku, których publikację Sąd uznał za wskazaną.

5 W ramach umowy o delegowaniu zadań zawartej między Komisją a ESA w odniesieniu do fazy wdrażania programu Galileo ESA jest odpowiedzialna za organizację postępowań o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących tego programu, a Komisja pozostaje instytucją zamawiającą.

6 W drodze publikacji ogłoszenia o zamówieniu w dniu 15 maja 2018 r. w Suplemencie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* z dnia 15 maja 2018 r. (Dz.U. 2018/S 091-206089) oraz na stronie internetowej „emits.esa.int" ESA, działając w imieniu i na rzecz Komisji, wszczęła postępowanie przetargowe na dostawę satelitów przejściowych Galileo w trybie dialogu konkurencyjnego (zwane dalej „spornym dialogiem konkurencyjnym"). Postępowanie zostało wszczęte w tym trybie, ponieważ Komisja wskazała już i określiła swoje potrzeby, ale nie ustaliła jeszcze konkretnych środków, które będą najodpowiedniejsze do zaspokojenia tych potrzeb.

7 Sporny dialog konkurencyjny dotyczył nabycia na początek czterech (liczba ta mogła wzrosnąć do dwunastu) satelitów przejściowych Galileo ze zaktualizowanymi specyfikacjami, by zapewnić przejście z pierwszej generacji satelitów Galileo na drugą generację. Postanowiono skorzystać z wielu źródeł zaopatrzenia na podstawie art. 19 lit. d) rozporządzenia nr 1285/2013, na mocy którego można było wybrać dwóch oferentów i podpisać dwie umowy na równoczesną dostawę przez każdego z nich prognozowanej liczby dwóch satelitów.

8 Zamówienie udzielane było na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, w oparciu o dwa kryteria udzielenia zamówienia – kryterium ceny, o wadze 35 %, oraz jakości, o wadze ogółem 65 %. Kryterium jakościowe dzieliło się na pięć podkryteriów. Pierwsze podkryterium, o wadze 10 %, dotyczyło adekwatności i przydatności zasobów ludzkich i technicznych oraz zaplecza zaproponowanego przez oferenta w odniesieniu do rozwiązania technicznego i programowego opisanego w ofercie. Drugie podkryterium, o wadze 25 %, dotyczyło zrozumienia wymogów i celów, w tym w dziedzinie bezpieczeństwa, kwalifikacji i stopnia dojrzałości koncepcji proponowanego projektu, adekwatności, jakości i rzetelności koncepcji proponowanego projektu oraz przestrzegania warunków technicznych. Trzecie podkryterium, o wadze 30 %, dotyczyło jakości i adekwatności programu prac, zgodności ze specyfikacją warunków zamówienia, adekwatności planowania technicznego, a także rozwiązań w zakresie testów i badań, przeglądu ryzyka i propozycji zmniejszenia ryzyka, w tym dywersyfikacji technologicznej. Czwarte podkryterium, o wadze 25 %, dotyczyło adekwatności zarządzania, kalkulacji kosztów i planowania realizacji prac. Piąte podkryterium, o wadze 10 %, dotyczyło przestrzegania warunków postępowania przetargowego i umowy.

9 Sporny dialog konkurencyjny przebiegał w trzech etapach. Dwa pierwsze etapy odbyły się zgodnie z przepisami rozporządzenia nr 1285/2013, a także rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) nr 966/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 (Dz.U. 2012, L 298, s. 1) oraz rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) nr 1268/2012 z dnia 29 października 2012 r. w sprawie zasad stosowania rozporządzenia nr 966/2012 (Dz.U. 2012, L 362, s. 1). Trzeci etap prowadzony był zgodnie z przepisami rozporządzenia nr 1285/2013, a także rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z dnia 18 lipca 2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniającego rozporządzenia (UE) nr 1296/2013, (UE) nr 1301/2013, (UE) nr 1303/2013, (UE) nr 1304/2013, (UE) nr 1309/2013, (UE) nr 1316/2013, (UE) nr 223/2014 i (UE) nr 283/2014 oraz decyzję nr 541/2014/UE, a także uchylającego rozporządzenie nr 966/2012 (Dz.U. 2018, L 193, s. 1, zwanego dalej „rozporządzeniem finansowym").

10 Pierwszy etap spornego dialogu konkurencyjnego rozpoczął się w maju 2018 r. wraz z publikacją przez ESA „zaproszenia do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału”.

11 Po rozpatrzeniu otrzymanych wniosków o dopuszczenie do udziału ESA wybrała trzech oferentów, a mianowicie skarżącą, Airbus Defence and Space GmbH (zwaną dalej „ADS”) i Thales Alenia Space Italia (zwaną dalej „TASI”) (zwane dalej łącznie „oferentami”).

12 Drugi etap rozpoczął się w lipcu 2018 r. i miał na celu wskazanie i określenie środków, które najlepiej zaspokoją potrzeby instytucji zamawiającej. Na początek ESA zaprosiła oferentów do złożenia „oferty wstępnej” i przesłała im między innymi „szczególne warunki postępowania dotyczące zaproszenia do składania ofert wstępnych”. Następnie, po fazie dialogu, ESA zaprosiła oferentów do złożenia „dopracowanej oferty” i przesłała im między innymi „warunki postępowania dotyczące zaproszenia do składania dopracowanych ofert”. W dniu 26 września 2018 r. skarżąca złożyła wstępną ofertę, a w dniu 11 października 2019 r. – dopracowaną ofertę.

13 Trzeci etap rozpoczął się w sierpniu 2020 r. i po kolejnej fazie dialogu ESA zaprosiła oferentów do złożenia „ostatecznej oferty” oraz przesłała im między innymi „warunki postępowania dotyczące zaproszenia do składania ostatecznych ofert”. W dniu 11 października 2020 r. skarżąca złożyła ostateczną ofertę.

14 W okresie od października do grudnia 2020 r. ostateczne oferty oferentów zostały ocenione przez komisję oceniającą składającą się z przedstawicieli ESA, Agencji Europejskiego Globalnego Systemu Nawigacji Satelitarnej (GNSS) (GSA) i Komisji, która to komisja przedstawiła wyniki tej oceny w sprawozdaniu z oceny (zwanym dalej „sprawozdaniem z oceny”).

15 Pismem z dnia 23 grudnia 2020 r. skierowanym do Komisji, z kopią między innymi do ESA (zwanym dalej „pismem z dnia 23 grudnia 2020 r.”), skarżąca zwróciła się do Komisji w istocie, po pierwsze, o zawieszenie spornego dialogu konkurencyjnego ze względu na „podejrzenie naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez pracownika ADS”, po drugie, o zbadanie tej kwestii i wreszcie, w stosownym przypadku, o wykluczenie ADS ze spornego dialogu konkurencyjnego.

16 W piśmie tym skarżąca poinformowała Komisję zasadniczo o tym, co następuje: po pierwsze, M. [*poufne*] [2] (zwany dalej „byłym pracownikiem”) pracował dla skarżącej od dnia 22 grudnia 2016 r. do końca listopada 2019 r. i jako dyrektor generalny ds. administracyjnych miał szeroki dostęp do danych projektu i uczestniczył w przygotowaniu oferty złożonej przez skarżącą w ramach spornego dialogu konkurencyjnego. W szczególności był on zaangażowany w „strategię” części technicznej jej oferty, a także w „strategię” dotyczącą ceny i kalkulacji ceny. Po drugie, w dniu 11 listopada 2019 r., na wniosek byłego pracownika, on sam i skarżąca podpisali przedterminowe rozwiązanie jego umowy o pracę. Po trzecie, w grudniu 2019 r. ADS zatrudniła byłego pracownika, a w 2020 r. zajmował on w ADS stanowisko na czele wydziału odpowiedzialnego za ofertę złożoną przez ADS w ramach spornego dialogu konkurencyjnego. Ponadto istnieją poszlaki wskazujące na to, że były pracownik uzyskał szczególnie chronione informacje dotyczące skarżącej, mogące dać ADS nienależną przewagę w ramach spornego dialogu konkurencyjnego. Po czwarte, skarżąca nakazała przeprowadzenie analizy danych z komputera, z którego korzystał u niej były pracownik, co doprowadziło do znalezienia dokumentów świadczących przede wszystkim o tym, że od czerwca 2019 r. nosił się on z zamiarem zmiany pracodawcy, poza tym, że w negocjacjach mających na celu jego zatrudnienie przez ADS poinformował ADS w szczególności, iż poprzez zatrudnienie go zyska przewagę w zakresie projektów, w których konkurowała ze skarżącą,

[2] Utajnione dane poufne.

i wreszcie, że istnieją poszlaki świadczące o tym, iż były pracownik skopiował poufne pliki skarżącej. Po piąte, wyżej wymienione okoliczności były przedmiotem dochodzenia karnego prowadzonego przez właściwą prokuraturę w Niemczech w następstwie złożenia przez skarżącą zawiadomienia przeciwko byłemu pracownikowi w marcu 2020 r.

17 Na podstawie sprawozdania z oceny Komisja postanowiła, że nie wybierze oferty skarżącej, a wybierze oferty TASI i ADS. Zaskarżone decyzje zostały przekazane skarżącej przez ESA pismem z dnia 19 stycznia 2021 r. i faksem z dnia 22 stycznia 2021 r.

18 Pismem z dnia 19 stycznia 2021 r. ESA poinformowała skarżącą o decyzji o niewybraniu jej oferty ze względu na to, że nie była ona najkorzystniejszą ekonomicznie ofertą. W załączniku do tego pisma przesłała jej wyciąg z oceny jej ostatecznej oferty dokonanej przez komisję oceniającą w świetle pięciu podkryteriów kryterium jakości.

19 Następnie faksem z dnia 20 stycznia 2021 r. skarżąca zwróciła się do ESA o przekazanie jej informacji na temat wybranych oferentów, charakterystyki i względnej przewagi ich ofert, całkowitej ceny służącej do ustalenia klasyfikacji oraz szczegółowej oceny jej własnej oferty.

20 Pismem z dnia 20 stycznia 2021 r. Komisja, odnosząc się do pisma z dnia 23 grudnia 2020 r., poinformowała skarżącą, że, po pierwsze, nie ma wystarczających powodów, aby uzasadnić zawieszenie spornego dialogu konkurencyjnego na tym etapie, po drugie, zarzuty bezprawnego przywłaszczenia tajemnic przedsiębiorstwa skarżącej były już przedmiotem dochodzenia prowadzonego przez organy krajowe, na którego ustaleniach może się ona oprzeć i w razie potrzeby podjąć dodatkowe środki, a po trzecie, zarzuty te nie zostały wykazane w drodze prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej w rozumieniu art. 136 ust. 1 rozporządzenia finansowego, a zatem nie ma podstaw do wykluczenia ADS ze spornego dialogu konkurencyjnego.

21 Faksem z dnia 22 stycznia 2021 r. ESA przekazała skarżącej nazwy wybranych oferentów, a mianowicie TASI i ADS, cenę łączną i ostateczną klasyfikację ich ofert, a także ich klasyfikację według pięciu podkryteriów kryterium jakości. W załączniku do tego pisma ESA przesłała skarżącej szczegółowe wyniki oceny jej oferty w świetle pięciu podkryteriów kryterium jakości.

22 Oferty zostały sklasyfikowane w następujący sposób: oferta TASI na pierwszym miejscu, oferta ADS na drugim miejscu, a oferta skarżącej na trzecim miejscu. Oferty te zostały ocenione pod kątem obu kryteriów udzielenia zamówienia wskazanych w pkt 8 powyżej. Jeśli chodzi o kryterium jakości, oferty TASI, ADS i skarżącej zostały zaklasyfikowane, odpowiednio, na pierwszej, drugiej i trzeciej pozycji. Jeśli chodzi o kryterium ceny, oferty ADS, których łączna cena wynosiła 707 679 174,75 EUR, TASI, z łączną ceną 804 127 000,00 EUR, i skarżącej, z łączną ceną 822 786 000,00 EUR, zostały zaklasyfikowane, odpowiednio, na pierwszej, drugiej i trzeciej pozycji.

23 Pismem z dnia 28 stycznia 2021 r. skarżąca zwróciła się do Komisji, po pierwsze, o wykluczenie ADS ze spornego dialogu konkurencyjnego, po drugie, o zmianę zaskarżonych decyzji poprzez udzielenie jej zamówienia, po trzecie, o udzielenie jej dostępu do pełnej dokumentacji spornego dialogu konkurencyjnego oraz do sprawozdania z oceny, a po czwarte, o niepodpisywanie umów do czasu podjęcia decyzji dotyczącej podniesionych przez nią zastrzeżeń. W piśmie tym skarżąca twierdziła, że ADS należy wykluczyć, ponieważ, po pierwsze, naruszyła ona zasadę tajemnicy konkurencji poprzez zaangażowanie byłego pracownika w przygotowanie swojej oferty, a po drugie, jej oferta była rażąco niska.

Żądania stron

24 Strona skarżąca wnosi do Sądu o:

– stwierdzenie nieważności zaskarżonych decyzji;

– nakazanie Komisji udzielenia skarżącej dostępu do dokumentacji spornego dialogu konkurencyjnego;

– obciążenie Komisji kosztami postępowania.

25 Komisja wnosi do Sądu o:

– odrzucenie skargi w części jako niedopuszczalnej, a w części oddalenie jej jako bezzasadnej;

– obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

26 Republika Włoska i ADS wnoszą do Sądu o oddalenie skargi.

Co do prawa

[…]

Co do istoty

[…]

W przedmiocie zarzutu pierwszego, opartego na naruszeniu kryteriów wykluczenia przewidzianych w art. 136 rozporządzenia finansowego oraz zasad równego traktowania i „tajemnicy konkurencji”

[…]

– W przedmiocie części pierwszej zarzutu pierwszego, dotyczącej naruszenia kryteriów wykluczenia przewidzianych w art. 136 rozporządzenia finansowego

53 W pierwszej kolejności skarżąca utrzymuje, że decyzja o udzieleniu części zamówienia ADS narusza art. 136 i art. 167 ust. 1 lit. b) rozporządzenia finansowego, ponieważ należało ją wykluczyć ze spornego dialogu konkurencyjnego.

54 Przede wszystkim skarżąca twierdzi, że ADS powinna była zostać wykluczona ze spornego dialogu konkurencyjnego na podstawie art. 136 ust. 1 lit. c) ppkt (ii) i (v) rozporządzenia finansowego ze względu, po pierwsze, na istnienie domniemania antykonkurencyjnego porozumienia lub milczącej zmowy między ADS a byłym pracownikiem w celu zakłócenia konkurencji ze skarżącą w ramach spornego dialogu konkurencyjnego, a po drugie, ze względu na to, że można domniemywać, iż poprzez zatrudnienie dawnego pracownika ADS starała się pozyskać poufne informacje dotyczące skarżącej, które mogły dać ADS nienależną przewagę w ramach spornego dialogu konkurencyjnego.

55 Następnie skarżąca podnosi, że w braku prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej ADS powinna była zostać wykluczona na podstawie wstępnej kwalifikacji prawnej przewidzianej w art. 136 ust. 2 rozporządzenia finansowego. Ponadto utrzymuje ona, że Komisja powinna była zbadać okoliczności faktyczne i uzyskać od ADS informacje.

56 Wreszcie skarżąca twierdzi, że ADS powinna była zostać wykluczona na podstawie art. 136 ust. 4 lit. a) rozporządzenia finansowego, ponieważ były pracownik zajmował stanowisko kierownicze w ADS, a znajdował się w sytuacji objętej art. 136 ust. 1 lit. c) rozporządzenia finansowego.

57 Komisja i interwenienci kwestionują te argumenty.

58 Na wstępie należy zauważyć, że art. 167 ust. 1 lit. b) rozporządzenia finansowego stanowi, iż zamówienia udzielane są na podstawie kryteriów udzielenia zamówienia, pod warunkiem że instytucja zamawiająca sprawdziła, że kandydat lub oferent nie zostali wykluczeni na podstawie art. 136 lub odrzuceni na podstawie art. 141.

59 W odniesieniu do kryteriów wykluczenia z art. 136 ust. 1 rozporządzenia finansowego wynika, że „[w]łaściwy urzędnik zatwierdzający wyklucza osobę lub podmiot, o których mowa w art. 135 ust. 2, z uczestnictwa w procedurach wyboru regulowanych niniejszym rozporządzeniem […], w przypadku gdy ta osoba lub podmiot znajduje się w co najmniej jednej z […] sytuacji", o których mowa w art. 136 ust. 1 lit. a)–h) tego rozporządzenia. W szczególności, zgodnie z art. 136 ust. 1 lit. c) ppkt (ii) i (v) tego rozporządzenia, „[w]łaściwy urzędnik zatwierdzający wyklucza osobę lub podmiot, o których mowa w art. 135 ust. 2, z uczestnictwa w procedurach wyboru regulowanych niniejszym rozporządzeniem […], w przypadku gdy […] c) stwierdzono – w drodze prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej – że osoba lub podmiot dopuściły się poważnego wykroczenia zawodowego […], w tym również w szczególności […] (ii) zawarci[a] porozumienia z innymi osobami lub podmiotami w celu zakłócenia konkurencji [lub] (v) próby pozyskania poufnych informacji, które mogą dać danej osobie lub danemu podmiotowi nienależną przewagę w procedurze wyboru".

60 Ponadto zgodnie z art. 136 ust. 4 lit. a) rozporządzenia finansowego właściwy urzędnik zatwierdzający wyklucza osobę lub podmiot, o których mowa w art. 135 ust. 2, w przypadku gdy „osoba fizyczna lub prawna, która jest członkiem organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego osoby lub podmiotu, o których mowa w art. 135 ust. 2, lub która posiada uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne w odniesieniu do tej osoby lub podmiotu, znajduje się w co najmniej jednej z sytuacji, o których mowa w [art. 136] ust. 1 lit. c)–h)".

61 Co więcej, art. 136 ust. 2 akapit pierwszy rozporządzenia finansowego stanowi, że „[j]eżeli brak jest prawomocnego wyroku lub, stosownie do sytuacji, ostatecznej decyzji administracyjnej w przypadkach, o których mowa w ust. 1 lit. c), d), f), g) i h) niniejszego artykułu […], właściwy urzędnik zatwierdzający wyklucza osobę lub podmiot, o których mowa w art. 135 ust. 2, na podstawie wstępnej kwalifikacji prawnej zachowania, o którym mowa w tych literach, z uwzględnieniem stwierdzonych faktów lub innych ustaleń zawartych w zaleceniu zespołu, o którym mowa w art. 143 [tego rozporządzenia]".

62 Z wyżej wymienionych przepisów wynika w szczególności, że instytucja zamawiająca wyklucza oferenta z udziału w postępowaniu przetargowym, jeżeli znajduje się on w co najmniej jednej z sytuacji odpowiadających trzem kryteriom wykluczenia wymienionym w pkt 59–61 powyżej.

63 I tak pierwsze kryterium wykluczenia, o którym mowa w art. 136 ust. 1 lit. c) ppkt (ii) i (v) w związku z art. 135 ust. 2 lit. a) rozporządzenia finansowego, dotyczy sytuacji, w których stwierdzono – w drodze prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej – że oferent popełnił poważne wykroczenie zawodowe, dopuszczając się któregoś z zachowań wskazanych w art. 136 ust. 1 lit. c) ppkt (ii) i (v) rozporządzenia finansowego, a mianowicie zawarcia porozumienia z innymi osobami lub podmiotami w celu zakłócenia konkurencji lub próby pozyskania poufnych informacji, które mogą dać danej osobie lub danemu podmiotowi nienależną przewagę w postępowaniu przetargowym.

64 Drugie kryterium wykluczenia, przewidziane w art. 136 ust. 4 lit. a) w związku z art. 135 ust. 2 lit. a) i art. 136 ust. 1 lit. c) ppkt (ii) i (v) rozporządzenia finansowego, dotyczy sytuacji, w których stwierdzono – w drodze prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej, że osoba fizyczna lub prawna, która jest członkiem organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego oferenta, lub która posiada uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne w odniesieniu do tego oferenta, popełniła poważne wykroczenie zawodowe, dopuszczając się któregoś z zachowań wskazanych w art. 136 ust. 1 lit. c) ppkt (ii) i (v) rozporządzenia finansowego.

65 Trzecie kryterium wykluczenia, o którym mowa w art. 136 ust. 2 akapit pierwszy w związku z art. 135 ust. 2 lit. a), art. 136 ust. 1 lit. c) ppkt (ii) i (v) oraz art. 143 ust. 6 lit. a) rozporządzenia finansowego, dotyczy sytuacji, w których – jeżeli brak jest prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej – wykazane zostanie na podstawie wstępnej kwalifikacji prawnej zawartej w zaleceniu zespołu, o którym mowa w art. 143 rozporządzenia finansowego (zwanego dalej „zespołem”), że oferent popełnił poważne wykroczenie zawodowe, dopuszczając się któregoś z zachowań wskazanych w art. 136 ust. 1 lit. c) ppkt (ii) i (v) tego rozporządzenia. Zgodnie z art. 135 ust. 4 rozporządzenia finansowego instytucja zamawiająca może podjąć decyzję o wykluczeniu oferenta na podstawie kwalifikacji wstępnej, o której mowa w art. 136 ust. 2, wyłącznie po uzyskaniu zalecenia zespołu.

66 W niniejszej sprawie przesłanki zastosowania pierwszego kryterium wykluczenia, o których mowa w pkt 63 powyżej, nie zostały spełnione. Strony są bowiem zgodne co do tego, że w chwili spornego dialogu konkurencyjnego nie istniały w odniesieniu do ADS żaden prawomocny wyrok ani żadna ostateczna decyzja administracyjna w rozumieniu art. 136 ust. 1 lit. c) rozporządzenia finansowego.

67 Co się tyczy drugiego kryterium wykluczenia, z przepisów rozporządzenia finansowego, o których mowa w pkt 64 powyżej, wynika, że oferent może zostać wykluczony tylko wtedy, gdy poważne wykroczenie zawodowe osoby fizycznej lub prawnej będącej członkiem jego organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego zostało stwierdzone prawomocnym wyrokiem lub ostateczną decyzją administracyjną.

68 Tymczasem nawet przy założeniu, że byłego pracownika można uznać za członka organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego ADS w rozumieniu art. 136 ust. 4 lit. a) rozporządzenia finansowego, istnienie prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej w odniesieniu do byłego pracownika nie wynika w żaden sposób z akt sprawy i nie zostało zresztą podniesione przez skarżącą. Co się tyczy zachowania byłego pracownika, z akt sprawy wynika bowiem, że złożone przeciwko niemu przez skarżącą zawiadomienie do właściwej prokuratury w Niemczech zostało umorzone decyzją z dnia 10 grudnia 2020 r., a „zażalenie administracyjne”, które skarżąca złożyła na tę decyzję o umorzeniu postępowania, zostało oddalone decyzją właściwej prokuratury z dnia 1 marca 2021 r.

69 W związku z tym w niniejszej sprawie nie wykazano naruszenia kryteriów wykluczenia pierwszego i drugiego, o których mowa w pkt 63 i 64 powyżej.

70 W odniesieniu do trzeciego kryterium wykluczenia należy przypomnieć, że, jak wynika z pkt 65 powyżej, oferent może zostać wykluczony z postępowania przetargowego jedynie na podstawie wstępnej kwalifikacji prawnej jego zachowania, z uwzględnieniem faktów lub ustaleń stwierdzonych w zaleceniu wydanym przez zespół.

71 W niniejszej sprawie bezsporne jest, że Komisja nie skierowała sprawy do tego zespołu. Powstaje jednak w związku z tym pytanie, czy nie czyniąc tego, Komisja nie uchybiła swoim zobowiązaniom wynikającym z art. 136 ust. 2 akapit pierwszy i art. 143 rozporządzenia finansowego, z naruszeniem trzeciego kryterium wykluczenia.

72 Na wstępie należy poczynić kilka uściśleń dotyczących skierowania sprawy do zespołu i wstępnej kwalifikacji prawnej, na podstawie której oferent może zostać wykluczony z postępowania przetargowego.

73 W pierwszej kolejności celem leżącym u podstaw skierowania sprawy do zespołu, aby uzyskać zalecenie zawierające, w stosownym przypadku, wstępną kwalifikację prawną zachowania oferenta, na podstawie którego może on zostać wykluczony z postępowania przetargowego, jest ochrona interesów finansowych Unii przed zachowaniami stanowiącymi zagrożenie dla tych interesów. Artykuł 135 ust. 1 akapit pierwszy rozporządzenia finansowego stanowi bowiem, że „[a]by chronić interesy finansowe Unii, Komisja tworzy i obsługuje system wczesnego wykrywania i wykluczania". Zgodnie z art. 135 ust. 1 akapit drugi rozporządzenia finansowego celem tego systemu jest ułatwienie, w szczególności, „a) wczesnego wykrywania osób lub podmiotów, o których mowa w ust. 2, które stwarzają ryzyko dla interesów finansowych Unii" oraz „b) wykluczania osób lub podmiotów, o których mowa w ust. 2, które znajdują się w jednej z sytuacji wykluczenia, o których mowa w art. 136 ust. 1".

74 W drugiej kolejności wstępna kwalifikacja prawna należy wyłącznie do zespołu po to, „aby zapewnić scentralizowaną ocenę takich sytuacji" w ramach systemu wczesnego wykrywania i wykluczania, zgodnie z art. 135 ust. 4 rozporządzenia finansowego.

75 W trzeciej kolejności wstępna kwalifikacja prawna musi dotyczyć zachowań samych oferentów. Jak wynika z przepisów wymienionych w pkt 61 i 65 powyżej, wstępna kwalifikacja prawna może dotyczyć wyłącznie faktów lub ustaleń, o których mowa w art. 136 ust. 1 lit. c), d), f), g) i h) tego rozporządzenia, a tym samym zachowań samych osób lub podmiotów, o których mowa w art. 135 ust. 2 tego rozporządzenia.

76 W czwartej kolejności wstępna kwalifikacja prawna dotyczy faktów lub ustaleń stwierdzonych zasadniczo w ramach audytów lub dochodzeń prowadzonych przez właściwe organy Unii lub, w stosownych przypadkach, państw członkowskich. W tym względzie należy przypomnieć, że art. 142 ust. 2 lit. b) i c) rozporządzenia finansowego stanowi, iż wczesne wykrywanie ryzyk zagrażających interesom finansowym Unii opiera się na przekazywaniu Komisji informacji przez między innymi urzędnika zatwierdzającego Komisji, urzędu europejskiego ustanowionego przez Komisję lub agencji wykonawczej [art. 142 ust. 2 lit. b) rozporządzenia finansowego] lub instytucję Unii, urząd europejski czy agencję, inne niż te, o których mowa w art. 142 ust. 2 lit. b) tego rozporządzenia [art. 142 ust. 2 lit. c) rozporządzenia finansowego] (zob. analogicznie wyrok z dnia 16 maja 2019 r., Transtec/Komisja, T-228/18, EU:T:2019:336, pkt 52).

77 Należy również przypomnieć, że art. 136 ust. 2 akapit czwarty rozporządzenia finansowego stanowi, co następuje:

„Fakty i ustalenia, o których mowa w akapicie pierwszym, obejmują w szczególności:

a) fakty stwierdzone w ramach audytów lub dochodzeń przeprowadzonych przez EPPO w odniesieniu do państw członkowskich uczestniczących we wzmocnionej współpracy zgodnie z rozporządzeniem (UE) 2017/1939, Trybunał Obrachunkowy, OLAF lub audytora wewnętrznego lub też w ramach wszelkich innych weryfikacji, audytów lub kontroli prowadzonych w zakresie odpowiedzialności urzędnika zatwierdzającego;

b) decyzje administracyjne inne niż ostateczne, które mogą obejmować środki dyscyplinarne podjęte przez właściwy organ nadzorczy odpowiedzialny za sprawdzanie stosowania norm etyki zawodowej;

c) fakty, o których mowa w decyzjach osób i podmiotów wykonujących środki finansowe Unii zgodnie z art. 62 ust. 1 akapit pierwszy lit. c);

d) informacje przekazane zgodnie z art. 142 ust. 2 lit. d) przez podmioty wykonujące środki finansowe Unii zgodnie z art. 62 ust. 1 akapit pierwszy lit. b);

e) decyzje Komisji dotyczące naruszenia prawa konkurencji Unii lub decyzje właściwego organu krajowego dotyczące naruszenia prawa konkurencji Unii lub krajowego prawa konkurencji”.

78 W piątej kolejności instytucja zamawiająca powinna zwrócić się do zespołu, o którym mowa w art. 143 rozporządzenia finansowego, jedynie wówczas, gdy stwierdzone fakty, którymi dysponuje, stanowią przesłanki wystarczające do przyjęcia domniemania winy oferenta. Jak Sąd już wcześniej orzekł, ze wszystkich wyżej wspomnianych przepisów wynika, że w braku prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji administracyjnej w odniesieniu do jednego z oferentów instytucja zamawiająca powinna, jeżeli dysponuje wystarczającymi poszlakami do przyjęcia domniemania, iż wspomniany oferent jest winny, między innymi, poważnego wykroczenia zawodowego, przekazać sprawę zespołowi po to, by zespół ów wydał zalecenie zawierające, w razie potrzeby, wstępną kwalifikację prawną spornych okoliczności faktycznych (zob. analogicznie wyrok z dnia 16 maja 2019 r., Transtec/Komisja, T-228/18, EU:T:2019:336, pkt 53).

79 Ponadto, po pierwsze, należy zauważyć, że wymóg dysponowania wystarczającymi poszlakami w celu skierowania sprawy do zespołu jest zgodny z celami systemu, który dąży w szczególności do szybkiego wykrywania i wykluczania oferentów, których zachowanie stanowi zagrożenie dla interesów finansowych Unii (zob. pkt 73 powyżej). Po drugie, wymóg ten wynika z zasady należytego zarządzania finansami oraz wykonania (zob. tytuł II rozdział 7 rozporządzenia finansowego) w zakresie, w jakim zapobiega on opóźnieniu postępowania o udzielenie zamówienia bez ważnego powodu. Po trzecie, wymóg ten jest konsekwencją roli zespołu, który nie jest odpowiedzialny za prowadzenie dochodzenia, lecz powinien wydać zalecenie zawierające, w stosownym przypadku, wstępną kwalifikację prawną, dotyczące faktów i ustaleń uprzednio stwierdzonych w ramach audytów lub dochodzeń prowadzonych przez właściwe organy, w szczególności unijne (zob. pkt 76 powyżej). Po czwarte, wymóg dysponowania wystarczającymi poszlakami wynika z zakresu wstępnej kwalifikacji prawnej, gdyż dotyczy ona zachowania oferenta w przypadku braku prawomocnego wyroku lub ostatecznej decyzji (zob. pkt 65 powyżej), a zatem nie może się ona opierać na zwykłych podejrzeniach.

80 Biorąc pod uwagę całość powyższych rozważań, należy zbadać, czy w niniejszym przypadku Komisja była zobowiązana skierować sprawę do zespołu w celu wydania przez niego zalecenia zawierającego, w stosownym przypadku, wstępną kwalifikację prawną zachowania ADS. Należy zatem zbadać, czy Komisja dysponowała wystarczającymi poszlakami pozwalającymi domniemywać, że ADS była winna poważnego wykroczenia zawodowego zagrażającego interesom finansowym Unii, w tym w szczególności zawarcia porozumienia z innymi osobami lub innymi podmiotami, w celu zakłócenia konkurencji lub próby pozyskania poufnych informacji, które mogłyby dać jej nienależną przewagę w trakcie spornego dialogu konkurencyjnego.

81 W niniejszej sprawie z akt sprawy i z wystąpień stron głównych wynika, że jedynym materiałem, jakim dysponowała Komisja, dotyczącym zarzucanego bezprawnego zachowania ADS, było pismo z dnia 23 grudnia 2020 r. W piśmie tym skarżąca zwróciła się w istocie do Komisji przede wszystkim o zawieszenie spornego dialogu konkurencyjnego ze względu na „podejrzenie naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez pracownika ADS", które wynikało jej zdaniem z okoliczności faktycznych, które podała do wiadomości Komisji, a także o zbadanie tej kwestii i wreszcie, w stosownym przypadku, o wykluczenie ADS ze spornego dialogu konkurencyjnego (zob. pkt 15 powyżej).

82 W tym względzie, po pierwsze, należy zauważyć, że twierdzenia skarżącej zawarte w piśmie z dnia 23 grudnia 2020 r., przytoczone w pkt 16 powyżej, nie dotyczą faktów i ustaleń, o których mowa w art. 136 ust. 2 akapit czwarty lit. a)–e) rozporządzenia finansowego.

83 Po drugie, należy podnieść, że o ile skarżąca wspomniała o toczącym się przed właściwymi organami krajowymi dochodzeniu dotyczącym omawianych faktów, o tyle postępowanie to było następstwem zawiadomienia z jej strony dotyczącego popełnienia zarzucanego naruszenia przepisów Republiki Federalnej Niemiec dotyczących tajemnic przedsiębiorstwa przez jej byłego pracownika, a nie przez ADS (zob. pkt 16 powyżej).

84 Tymczasem, jak wynika z pkt 75 powyżej, wstępna kwalifikacja prawna przewidziana w art. 136 ust. 2 rozporządzenia finansowego, a zatem skierowanie sprawy do zespołu, może dotyczyć wyłącznie zachowań samych oferentów. W związku z tym zarzucane zachowanie byłego pracownika, o którym mowa w piśmie z dnia 23 grudnia 2020 r., nie może stanowić wystarczającej przesłanki do celów skierowania sprawy do tego zespołu.

85 Po trzecie, należy zauważyć, że do pisma z dnia 23 grudnia 2020 r. nie dołączono żadnych dowodów na poparcie zawartych w nim twierdzeń.

86 Wynika z tego, że zarzutów wymienionych w piśmie z dnia 23 grudnia 2020 r. nie można uznać za fakty lub ustalenia, które mogą stanowić wystarczające poszlaki wskazujące na winę ADS, uzasadniające skierowanie sprawy do zespołu.

87 W tym kontekście należy zbadać, czy Komisja była jednak zobowiązana do przeprowadzenia badania w sprawie zarzutów, o których mowa w piśmie z dnia 23 grudnia 2020 r.

88 W tym względzie, po pierwsze, należy zauważyć, że w piśmie z dnia 23 grudnia 2020 r. skarżąca nie wspomniała o żadnym zachowaniu samej ADS, z wyjątkiem faktu, że zatrudniła ona jej byłego pracownika (zob. pkt 16 powyżej). Tymczasem co do zasady okoliczność, że w toku postępowania przetargowego oferent zatrudnił byłego pracownika innego oferenta, nie stanowi sama w sobie przesłanki wskazującej, że zachowanie tego pierwszego oferenta może stanowić

poważne wykroczenie zawodowe. Natomiast udział w postępowaniu przetargowym nie może stanowić przeszkody w korzystaniu w trakcie tego postępowania przez oferentów (oraz ich pracowników lub byłych pracowników) z prawa do zawierania umów o pracę lub dokonywania czynności z zakresu prawa pracy.

89 Po drugie, należy zauważyć, że w piśmie z dnia 23 grudnia 2020 r. skarżąca wskazała określone zachowania nie ADS, lecz swojego byłego pracownika. Dokładniej rzecz ujmując, wspomniała ona o tym, że znalazła w komputerze swego byłego pracownika pismo z dnia 21 czerwca 2019 r., skierowane do wiceprezesa wykonawczego ADS, w którym były pracownik wskazał w szczególności, że jego przejście od skarżącej do ADS „może również zmienić perspektywy i pozycję konkurencyjną [skarżącej] wobec [ADS] w odniesieniu do przyszłych celów pozyskiwania". W piśmie z dnia 23 grudnia 2020 r. skarżąca twierdziła również, że analiza danych z komputera byłego pracownika wykazała, iż mógł on skopiować istotne dane, które otrzymał w ramach przygotowywania jej oferty do spornego dialogu konkurencyjnego, a mianowicie szczegóły i koncepcje techniczne, strategie ofertowe, ocenę konkurencyjności, strategie cenowe i szczegóły cen. W tym samym piśmie skarżąca twierdziła również, że już w kwietniu 2020 r., czyli w kilka miesięcy po jego zatrudnieniu, ADS umieściła byłego pracownika na czele jednostki zajmującej się spornym dialogiem konkurencyjnym, „Head of Space Systems Germany", gdzie pełnił on te same funkcje, jak wcześniej u skarżącej.

90 Należy stwierdzić, że poprzez te twierdzenia skarżąca podniosła w istocie, iż jej były pracownik naruszył tajemnicę przedsiębiorstwa, ponieważ bezprawnie pozyskał od niej szczególnie chronione informacje, które mogły dać ADS nienależną przewagę w ramach spornego dialogu konkurencyjnego (zob. pkt 16 powyżej).

91 Jednakże takie naruszenie, gdyby nawet zostało wykazane, nie stanowi w każdym razie przesłanki odnoszącej się do zachowania samej ADS, a zatem nie może prowadzić do powstania domniemania winy ADS.

92 Ponadto należy stwierdzić, że w piśmie z dnia 23 grudnia 2020 r. skarżąca nie przedstawiła żadnego konkretnego argumentu zmierzającego do wykazania, że ADS uzyskała, w szczególności za pośrednictwem byłego pracownika, jakąkolwiek szczególnie chronioną informację i wykorzystała ją w ramach spornego dialogu konkurencyjnego. W piśmie tym skarżąca ograniczyła się natomiast do twierdzenia, że ADS mogła uzyskać od niej szczególnie chronione informacje mogące dać jej nienależną przewagę w ramach spornego dialogu konkurencyjnego (zob. pkt 16 powyżej). To niejasne i hipotetyczne twierdzenie nie może stanowić wystarczającej poszlaki w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 78 powyżej.

93 Pismo z dnia 23 grudnia 2020 r. nie zawierało bowiem żadnej konkretnej informacji pozwalającej na zidentyfikowanie tych domniemanych szczególnie chronionych informacji skarżącej, które mogły zostać uzyskane przez byłego pracownika, przekazane ADS i wykorzystane przez ADS w ramach spornego dialogu konkurencyjnego, dając tejże spółce w ten sposób nienależną przewagę. W piśmie tym skarżąca ograniczyła się do wskazania, że były pracownik był zaangażowany w „strategię" części technicznej oraz w „strategię" dotyczącą ceny i kalkulacji ceny w jej ofercie. Te zbyt ogólne twierdzenia nie dostarczają żadnej konkretnej wskazówki pozwalającej na określenie tych domniemanych szczególnie chronionych informacji, które mogłyby być przedmiotem sporu.

94 W szczególności nigdzie w piśmie z dnia 23 grudnia 2020 r. skarżąca nie wspomina o jakimkolwiek elemencie technicznym swojej oferty, który został przekazany ADS przez jej byłego pracownika i nienależnie wykorzystany przez ADS w spornym dialogu konkurencyjnym. Podobnie „strategia" ceny oferty skarżącej, którą znał były pracownik, nie została w żaden sposób we wspomnianym piśmie sprecyzowana.

95 Ponadto należy zauważyć, że z pisma z dnia 23 grudnia 2020 r. wynika, iż były pracownik odszedł z pracy u skarżącej wkrótce po złożeniu dopracowanej oferty w ramach drugiego etapu spornego dialogu konkurencyjnego. Tak więc były pracownik nie był w żadnym razie w stanie uzyskać informacji na temat dialogu, który miał miejsce między skarżącą a ESA na trzecim etapie, ani na temat treści ostatecznej oferty skarżącej, która została złożona w październiku 2020 r., czyli prawie rok po odejściu przez byłego pracownika z pracy u skarżącej (zob. pkt 13 i 16 powyżej). Ponadto, jak wynika z akt sprawy i z odpowiedzi Komisji na pytania zadane jej przez Sąd na rozprawie, „warunki postępowania dotyczące zaproszenia do składania ostatecznych ofert", które zostały przesłane oferentom w sierpniu 2020 r. (zob. pkt 13 powyżej) zawierały zmiany w stosunku do wcześniejszych „[w]arunków postępowania dotyczących zaproszenia do składania dopracowanych ofert". W szczególności termin dostarczenia satelitów został skrócony o prawie rok, termin na skorzystanie przez instytucję zamawiającą z opcji zakupu innych satelitów oprócz pierwotnie zakładanej ich liczby (zob. pkt 7 powyżej) przedłużono o 14 miesięcy, a zdatność niektórych satelitów do wyniesienia w ramach pojedynczego lub podwójnego ładunku została zmieniona. Zmiany takie nie mogły ze swej natury pozostawać bez wpływu na warunki techniczne i finansowe przedstawione przez oferentów w ich ostatecznych ofertach.

96 Z powyższego wynika, że Komisja nie była zobowiązana do zbadania twierdzeń zawartych w piśmie z dnia 23 grudnia 2020 r., ponieważ – przy założeniu, że były poparte dowodami – nie mogły one stanowić wystarczających poszlak dla przyjęcia domniemania winy ADS uzasadniającego skierowanie sprawy do zespołu.

97 Ocen tych nie podważa argument skarżącej, zgodnie z którym ESA zwróciła się do ADS o informacje dotyczące byłego pracownika dopiero w dniu 29 stycznia 2021 r., czyli po wydaniu zaskarżonych decyzji. Oprócz tego, że to wystąpienie miało miejsce w następstwie drugiego pisma skarżącej, z dnia 28 stycznia 2021 r. (zob. pkt 23 powyżej), a zatem również po wydaniu zaskarżonych decyzji, fakt, że zażądano od ADS informacji dopiero po wydaniu zaskarżonych decyzji nie ma bowiem wpływu na ich zgodność z prawem, biorąc pod uwagę brak obowiązku skierowania sprawy do zespołu (zob. pkt 86 powyżej) oraz to, że zarzuty skarżącej nie dotyczyły dziedziny objętej uprawnieniami dochodzeniowymi instytucji, agencji lub organów Unii (zob. pkt 96 powyżej).

98 Ponadto należy stwierdzić, podobnie jak uczyniła to Komisja, że skarżąca poinformowała ją o swoich podejrzeniach dopiero w piśmie z dnia 23 grudnia 2020 r., mimo że zleciła analizę danych z komputera byłego pracownika już w listopadzie 2019 r., co przyznała w skardze, i że już w marcu 2020 r. złożyła do właściwych organów niemieckich zawiadomienie przeciwko byłemu pracownikowi (zob. pkt 16 powyżej). W tym okresie, czyli od listopada 2019 r. do grudnia 2020 r., sporny dialog konkurencyjny przeszedł z drugiego etapu do trzeciego, który rozpoczął się w sierpniu 2020 r. Skarżąca złożyła ostateczną ofertę w październiku 2020 r. (zob. pkt 13 powyżej). To zachowanie skarżącej wskazuje, że ona sama nie uważała, przynajmniej przez długi czas, a nawet przy składaniu ostatecznej oferty, że zachowanie, o którego podejrzewa byłego pracownika, mogło dać ADS nienależną przewagę w ramach spornego dialogu konkurencyjnego.

99 Z całości powyższych rozważań wynika, że Komisja nie naruszyła ciążącego na niej obowiązku skierowania sprawy do zespołu ani tym bardziej trzeciego kryterium wykluczenia, o którym mowa w pkt 65 powyżej.

100 Pierwszą część zarzutu pierwszego należy zatem oddalić jako bezzasadną.

[…]

W przedmiocie zarzutu drugiego, opartego na naruszeniu obowiązku zbadania rażąco niskich ofert

113 Skarżąca twierdzi w istocie, że Komisja naruszyła pkt 23.1 i 23.2 sekcji 2 zawartej w rozdziale 1 załącznika I do rozporządzenia finansowego, ponieważ nie dopełniła dwóch przewidzianych w nim etapów w celu upewnienia się, że ostateczna oferta ADS nie jest rażąco niska, mimo wskazujących na to przesłanek. Ostateczna oferta ADS miała bowiem, zdaniem skarżącej, cenę znacznie niższą od ostatecznych cen ofert TASI i skarżącej, a zatem Komisja nie powinna była ograniczyć się do wskazania, że oferta ta nie wydaje się jej rażąco niska.

114 Komisja i interwenienci kwestionują te argumenty.

115 Zgodnie z pkt 23.1 akapit pierwszy sekcji 2 zawartej w rozdziale 1 załącznika I do rozporządzenia finansowego, jeżeli w przypadku danego zamówienia cena lub koszt podane w ofercie wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych elementów składowych ceny lub kosztu, które uważa za istotne, oraz umożliwia oferentowi przedstawienie uwag. Zgodnie z pkt 23.2 sekcji 2 zawartej w rozdziale 1 załącznika I do tego rozporządzenia instytucja zamawiająca odrzuca ofertę wyłącznie w przypadku, gdy przedstawione dowody nie uzasadniają w zadowalającym stopniu proponowanych niskich cen lub kosztów.

116 Z przepisów tych wynika, że dokonanie przez instytucję zamawiającą oceny, czy występują rażąco niskie oferty, odbywa się dwuetapowo (zob. analogicznie wyrok z dnia 4 lipca 2017 r., European Dynamics Luxembourg i in./Agencja Kolejowa Unii Europejskiej, T-392/15, EU:T:2017:462, pkt 87).

117 W pierwszej kolejności instytucja zamawiająca powinna ocenić, czy złożone oferty „wydają się” rażąco niskie (zob. pkt 23.1 sekcji 2 zawartej w rozdziale 1 załącznika I do rozporządzenia finansowego). Użycie czasownika „wydawać się” w rozporządzeniu finansowym oznacza, że instytucja zamawiająca dokonuje oceny prima facie rażąco niskiego charakteru oferty. Rozporządzenie finansowe nie wymaga więc, by instytucja zamawiająca z urzędu przeprowadzała szczegółową analizę składników każdej oferty, by ustalić, że nie stanowi ona oferty rażąco niskiej. Tym samym w pierwszej kolejności instytucja zamawiająca musi tylko ustalić, czy złożone oferty zawierają oznaki mogące budzić podejrzenie, że mogłyby być rażąco niskie (zob. analogicznie wyrok z dnia 4 lipca 2017 r., European Dynamics Luxembourg i in./Agencja Kolejowa Unii Europejskiej, T-392/15, EU:T:2017:462, pkt 88).

118 Natomiast, jeżeli istnieją oznaki mogące rodzić podejrzenia, że oferta może być rażąco niska, instytucja zamawiająca powinna w drugiej kolejności zweryfikować, co składa się na tę ofertę, aby upewnić się, że nie jest rażąco niska. Przy przeprowadzaniu tej weryfikacji instytucja zamawiająca ma obowiązek zapewnić oferentowi możliwość przedstawienia powodów, dla których uważa, że jego oferta nie jest rażąco niska. Następnie instytucja zamawiająca powinna ocenić przedstawione wyjaśnienia i ustalić, czy dana oferta ma rażąco niski charakter, w którym to

przypadku jest obowiązana odrzucić ofertę (zob. analogicznie wyrok z dnia 4 lipca 2017 r., European Dynamics Luxembourg i in./Agencja Kolejowa Unii Europejskiej, T-392/15, EU:T:2017:462, pkt 89).

119 Pojęcie „rażąco niskiej oferty" nie zostało zdefiniowane w rozporządzeniu finansowym. Jednakże orzeczono już, że rażąco niski charakter oferty należy oceniać w odniesieniu do elementów składowych oferty i danego świadczenia [zob. analogicznie wyrok z dnia 16 maja 2019 r., Transtec/Komisja, T-228/18, EU:T:2019:336, pkt 69 (niepublikowany) i przytoczone tam orzecznictwo].

120 Ponadto z orzecznictwa wynika, że przesłanki mogące budzić podejrzenia, iż oferta może być rażąco niska, mogą zaistnieć w szczególności wtedy, gdy nie jest pewne, po pierwsze, czy oferta jest zgodna z ustawodawstwem państwa, w którym usługi mają być świadczone, w zakresie wynagrodzenia personelu, składek na ubezpieczenie społeczne, przestrzegania norm bezpieczeństwa i zdrowia w miejscu pracy oraz sprzedaży ze stratą, a po drugie, czy zaproponowana cena obejmuje wszystkie koszty wynikające z technicznych aspektów oferty. Jest tak również wówczas, gdy cena zaproponowana w złożonej ofercie jest znacząco niższa od ceny innych złożonych ofert albo od zwykłej ceny rynkowej [zob. analogicznie wyrok z dnia 16 maja 2019 r., Transtec/Komisja, T-228/18, EU:T:2019:336, pkt 72 (niepublikowany) i przytoczone tam orzecznictwo].

121 Skarżąca podnosi, że różnica między ceną ostatecznej oferty ADS a cenami ostatecznych ofert innych oferentów stanowiła wskazówkę mogącą wzbudzić podejrzenie, że oferta ADS może być rażąco niska, co powinno było skłonić Komisję do sprawdzenia elementów składowych tej oferty, aby upewnić się, że nie jest ona rażąco niska.

122 W niniejszej sprawie z akt sprawy wynika, że Komisja przyjęła ofertę ADS na podstawie klasyfikacji ofert dokonanej przez komisję oceniającą (zob. pkt 17 powyżej). W związku z tym, ponieważ oferta ADS została przyjęta, wynika z tego w sposób dorozumiany, lecz niewątpliwy, że Komisja, podobnie jak komisja oceniająca, uznała, iż brak jest oznak, że rzeczona oferta jest rażąco niska, i że w związku z tym nie ma potrzeby zwracania się o wyjaśnienia co do elementów składowych tej oferty. Wniosku tego nie podważają argumenty skarżącej.

123 W pierwszej kolejności istnieje rzeczywiście różnica między ceną oferty ADS a ceną ofert TASI i skarżącej, która wynosi odpowiednio 11,99 % i 13,9 %, czyli jest to różnica między 707 679 174,75 EUR a, odpowiednio, 804 127 000 EUR i 822 786 000 EUR. Jednakże orzeczono już, że fakt, iż cena oferty wybranego oferenta jest niższa od ceny oferty innego oferenta, nie może sam w sobie wykazać rażąco niskiego charakteru oferty wybranego oferenta. Jedna oferta może być bowiem tańsza niż inna, a nie być przy tym rażąco niska (zob. wyrok z dnia 26 stycznia 2017 r., TV1/Komisja, T-700/14, niepublikowany, EU:T:2017:35, pkt 58 i przytoczone tam orzecznictwo).

124 Tak właśnie jest w niniejszej sprawie. Różnica między ceną ostatecznej oferty ADS a ceną innych złożonych ofert nie może sama w sobie stanowić wskazówki co do rażąco niskiego charakteru oferty ADS, biorąc pod uwagę specyfikę rozpatrywanego zamówienia.

125 Postępowanie przetargowe zostało bowiem, po pierwsze, ogłoszone w trybie dialogu konkurencyjnego, ponieważ Komisja wskazała już i określiła swoje potrzeby, ale nie ustaliła jeszcze konkretnych środków, które będą najodpowiedniejsze do zaspokojenia tych potrzeb (zob.

pkt 6 powyżej). W związku z tym ceny ofert były w dużej mierze uzależnione od różnych rozwiązań i środków technicznych proponowanych przez poszczególnych oferentów, a zatem od ich odpowiednich kosztów.

126 Po drugie, sporny dialog konkurencyjny dotyczył nabycia produktów, dla których nie istniała cena rynkowa. Jak strony główne przyznały na rozprawie w odpowiedzi na pytanie zadane im przez Sąd, swoisty charakter satelitów sprawia, że nie są one towarami, dla których można znaleźć standardową cenę lub cenę rynkową. Ponadto w niniejszej sprawie chodziło o dostawę satelitów o zmodyfikowanych cechach w celu zapewnienia przejścia z pierwszej generacji na drugą generację satelitów Galileo (zob. pkt 7 powyżej), a zatem satelitów, dla których cena rynkowa nie mogła jeszcze istnieć.

127 W drugiej kolejności należy stwierdzić, że poza różnicą cen skarżąca nie przedstawia żadnego konkretnego argumentu na poparcie swojego twierdzenia, zgodnie z którym oferta ADS powinna była wyglądać na rażąco niską. W szczególności nie podnosi ona ewentualnego braku przestrzegania ustawodawstwa państwa, w którym usługi miały być świadczone, ani nieuwzględnienia w cenie podanej przez ADS wszystkich kosztów wynikających z technicznych aspektów jej oferty. W każdym razie należy zauważyć, że informacje wynikające z akt sprawy nie potwierdzają twierdzenia skarżącej.

128 Należy bowiem przypomnieć, że udzielenie zamówienia odbywało się na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, gdzie kryterium ceny miało wagę 35 %, podczas gdy kryterium jakości – 65 % (zob. pkt 8 powyżej). Tymczasem ostateczna oferta ADS została sklasyfikowana jako lepsza od oferty skarżącej zarówno pod względem kryterium ceny, jak i kryterium jakości (zob. pkt 22 powyżej).

129 Ponadto z dokumentów opisowych spornego dialogu konkurencyjnego, zawierających warunki mające zastosowanie na każdym z jego trzech etapów (zob. pkt 10, 12, 13 powyżej) wynika, że oferty powinny zawierać propozycję finansową odpowiadającą propozycji technicznej oraz szczegółowe dane finansowe, w szczególności odrębne kosztorysy finansowe.

130 W tym względzie z akt sprawy wynika, że komisja oceniająca nie wyraziła żadnych wątpliwości co do oceny oferty ADS w świetle czwartego podkryterium jakości, dotyczącego adekwatności zarządzania, kalkulacji kosztów i planowania realizacji proponowanych prac (zob. pkt 8 powyżej). Natomiast z pisma z dnia 19 stycznia 2021 r. i faksu z dnia 22 stycznia 2021 r., o których mowa w pkt 18 i 21 powyżej, wynika, że w odniesieniu do tego podkryterium oferta ADS została sklasyfikowana na drugim miejscu.

131 Ponadto z odpowiedzi na piśmie Komisji z dnia 29 października 2022 r. na pytanie zadane przez Sąd w ramach środków organizacji postępowania z dnia 17 października 2022 r. oraz z załączonego do tej odpowiedzi dokumentu, w przedmiocie których skarżąca przedstawiła swoje uwagi na rozprawie, wynika, że informacje finansowe ofert zostały przedstawione przez oferentów w formie standardowych plików. Przede wszystkim pliki te zostały zbadane przez komisję oceniającą za pomocą oprogramowania o nazwie „ESA Costing Software (ECOS)", opracowanego w celu ogólnej oceny elementów ceny w ofertach. Następnie, co się tyczy w szczególności ostatecznej oferty ADS, sporządzono tabelę podsumowującą na podstawie analizy tego oprogramowania, zawierającą 21 podkategorii elementów ceny, w szczególności kosztów pracy i różnych elementów technicznych, a także marży zysku. Wreszcie informacje finansowe

złożonych ofert, w tym informacje zawarte w ostatecznej ofercie ADS, zostały ocenione przez liczącą 14 członków podgrupę komisji oceniającej, której zadaniem było dokonanie oceny czwartego z wyżej wymienionych podkryteriów.

132 W związku z tym w niniejszej sprawie nie wykazano istnienia przesłanek mogących wzbudzić podejrzenie Komisji, że oferta ADS może być rażąco niska. W konsekwencji Komisja nie była zobowiązana do dokonania weryfikacji, w rozumieniu orzecznictwa przywołanego w pkt 118 powyżej, elementów składowych oferty ADS, aby upewnić się, że nie jest ona rażąco niska.

133 Zatem wbrew temu, co twierdzi skarżąca, Komisja nie naruszyła ciążących na niej obowiązków związanych z badaniem rażąco niskich ofert.

134 Ponadto podczas rozprawy skarżąca wspomniała, że poprzez swój argument, zgodnie z którym Komisja nie mogła ograniczyć się do wskazania, że oferta ADS nie wydaje się jej rażąco niska, miała ona na celu podniesienie braku uzasadnienia.

135 Należy jednak stwierdzić, że skarżąca nie przedstawia żadnego samodzielnego argumentu na poparcie tego podnoszonego braku uzasadnienia, lecz ogranicza się do zarzucenia Komisji, że ta nie przeprowadziła weryfikacji istnienia rażąco niskich ofert, która to kwestia nie dotyczy części zarzutu dotyczącej naruszenia istotnych wymogów proceduralnych, a w szczególności braku uzasadnienia zaskarżonych decyzji, lecz dotyczy zasadności tych decyzji. Tymczasem, jak wynika z pkt 132 powyżej, ta część zarzutu, oparta na naruszeniu przez Komisję obowiązków związanych z badaniem rażąco niskich ofert, nie może zostać uwzględniona.

136 Zarzut drugi należy zatem oddalić jako bezzasadny.

[…]

W przedmiocie zarzutu czwartego, opartego na naruszeniu przez Komisję obowiązku wydania niezależnej decyzji w sprawie udzielenia zamówienia

216 Skarżąca utrzymuje zasadniczo, że Komisja uchybiła ciążącemu na niej obowiązkowi wydania niezależnej decyzji w sprawie udzielenia zamówienia, ograniczając się do potwierdzenia wyników zawartych w sprawozdaniu z oceny. Odpowiedzialność za program Galileo nałożona na Komisję w art. 12 ust. 1 rozporządzenia nr 1285/2013 powoduje, zdaniem skarżącej, powstanie po stronie Komisji obowiązku podjęcia niezależnej decyzji w sprawie udzielenia zamówienia w ramach spornego dialogu konkurencyjnego. Ponadto umowy o delegowaniu zadań zawarte między Komisją a ESA na podstawie art. 15 tego rozporządzenia nie mogą ograniczać ani zmieniać tej odpowiedzialności Komisji. Komisja nie jest też związana propozycją zawartą w sprawozdaniu z oceny i powinna sama zbadać oferty oferentów, tym bardziej że w niniejszej sprawie istnieją przesłanki świadczące o błędnej ocenie ze strony komisji oceniającej, co powinno było skłonić Komisję do przeprowadzenia uważnej kontroli tego sprawozdania.

217 Komisja popierana przez ADS oraz Republika Włoska kwestionują te argumenty.

218 W pierwszej kolejności należy na wstępie oddalić argument skarżącej dotyczący obowiązków Komisji w ramach programu Galileo.

219 Komisja faktycznie ponosi ogólną odpowiedzialność za program Galileo, a w odniesieniu do fazy wdrażania tego programu powinna zawrzeć z ESA umowę szczegółowo określającą zadania ESA, w szczególności w zakresie zamówień związanych z tym systemem. To właśnie w ramach umowy o delegowaniu zadań, która została zawarta między Komisją a ESA, ta ostatnia, działając w imieniu i na rzecz Komisji, była odpowiedzialna za zorganizowanie spornego dialogu konkurencyjnego, podczas gdy Komisja pozostała instytucją zamawiającą (zob. pkt 4 i 5 powyżej).

220 Jednakże wbrew temu, co zdaje się twierdzić skarżąca, odpowiedzialność za program Galileo nie może zmienić, czy wręcz zwiększyć obowiązków Komisji jako instytucji zamawiającej, które wciąż są obowiązkami przewidzianymi ogólnie w tytule VII rozporządzenia finansowego, a konkretnie w odniesieniu do zamówień publicznych udzielonych w ramach wdrażania programu Galileo – w rozdziale V rozporządzenia nr 1285/2013.

221 W drugiej kolejności i w każdym razie należy oddalić argument skarżącej oparty na domniemanym naruszeniu obowiązku wydania przez Komisję niezależnej decyzji w sprawie udzielenia zamówienia.

222 Należy przede wszystkim zauważyć, że zgodnie z art. 150 ust. 1 i 2 rozporządzenia finansowego oferty złożone w ramach przetargu są oceniane przez komisję oceniającą powoływaną przez instytucję zamawiającą. Ponadto instytucja zamawiająca może odstąpić od powołania komisji oceniającej jedynie w przypadkach określonych w art. 168 ust. 5 tego rozporządzenia. Co więcej, z pkt 30.1 sekcji 2 zawartej w rozdziale 1 załącznika I do tego rozporządzenia wynika, że wyniki oceny przeprowadzonej przez komisję oceniającą przedstawiane są w sprawozdaniu z oceny zawierającym propozycję udzielenia zamówienia. Ponadto instytucja zamawiająca podejmuje decyzję w drodze zatwierdzenia sprawozdania z oceny lub, w stosownych przypadkach, z podaniem powodów niezastosowania się do zalecenia zawartego w sprawozdaniu z oceny lub też, w stosownych przypadkach, z podaniem powodów, dla których postanowiła nie udzielać zamówienia, zgodnie z pkt 30.3 sekcji 2 zawartej w rozdziale 1 załącznika I do tego rozporządzenia.

223 Wynika z tego, po pierwsze, że w przypadku gdy komisja oceniająca została powołana przez instytucję zamawiającą, to do tej komisji należy dokonanie oceny złożonych ofert. Po drugie, o ile prawdą jest, że instytucja zamawiająca nie jest związana sprawozdaniem z oceny, o tyle w przypadku gdy instytucja zamawiająca postanawia postąpić zgodnie z propozycją udzielenia zamówienia zawartą we wspomnianym sprawozdaniu, jej decyzja o udzieleniu zamówienia może opierać się na tym sprawozdaniu.

224 W niniejszej sprawie należy stwierdzić, że ostateczne oferty oferentów zostały ocenione przez komisję oceniającą złożoną z przedstawicieli ESA, GSA i Komisji, która przedstawiła wyniki swojej oceny w sprawozdaniu z oceny, na podstawie którego Komisja wydała zaskarżone decyzje (zob. pkt 14 i 17 powyżej). Ponadto, jak wyjaśnia Komisja, co nie zostało zakwestionowane przez skarżącą, komisja ta składała się z grupy około 70 osób mających odpowiednie doświadczenie i kwalifikacje w dziedzinie objętej przedmiotem zamówienia.

225 W związku z tym okoliczność, że zaskarżone decyzje zostały uzasadnione przy pomocy odesłania do sprawozdania z oceny, a Komisja potraktowała jako swoją własną opinię komisji oceniającej odpowiedzialnej za ocenę złożonych ofert, nie zmienia faktu, że decyzje te zostały wydane w sposób autonomiczny przez Komisję działającą w charakterze instytucji zamawiającej.

[…]

Z powyższych względów

SĄD (szósta izba)

orzeka, co następuje:

1) **Skarga zostaje oddalona.**

2) **OHB System AG pokrywa własne koszty oraz koszty poniesione przez Komisję Europejską, w tym koszty postępowania w przedmiocie zastosowania środków tymczasowych.**

3) **Republika Włoska i Airbus Defence and Space GmbH pokrywają własne koszty.**

Costeira Kancheva Zilgalvis

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 26 kwietnia 2023 r.

Podpisy